

臺灣花蓮地方法院法官謝欣宥解釋憲法聲請書

茲因聲請人受理本院 106 年度原易字第 223 號被告涉犯刑法第 239 條前段通姦罪之刑事案件，認上開刑法條文有抵觸憲法疑義，故提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由而為本件聲請，茲說明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋，大法官釋字第 317 號著有明文。

刑法第 239 條前段規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。」此一規定對人民課以刑事處罰違反比例原則抵觸憲法第 23 條規定，爰依鈞院大法官釋字第 371 號解釋，裁定停止審判而為本件釋憲聲請。

貳、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文。

聲請人受理本院 106 年度原易字第 223 號被告涉犯刑法第 239 條前段通姦罪嫌案件，認刑法第 239 條前段通姦罪規定，違反憲法第 23 條比例原則，本於對於應適用法律違憲之確信，爰為本件釋憲聲請。

參、聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。

一、通姦罪無法達到保障婚姻與家庭制度之目的

婚姻與家庭制度建立於婚姻雙方當事人之互信與承諾為基礎，如同婚姻之成立需雙方自由意志意思表示一致，婚姻狀態是否圓滿之維繫亦仰賴雙方內心個人意志，無從以國家高權行為強制個人內心意思自由，現實上亦無可能以國家公權力改變個人內心之意思自由。

通姦處罰者為有配偶之人與他人發生性行為之行為，至於通姦者本身為通姦之行為是否起因於無意為繼續維持婚姻關係而努力則非所問，是以通姦罪之處罰，實不問通姦者對於婚姻關係之重視與否，假定其通姦者對於婚姻已無意維持，則以刑罰相繩，不論入監服刑或易科罰金，均無助於其以無意維繫婚姻之意念。假定通姦者雖為通姦行為，但仍有意維持與配偶之婚姻，此時如配偶亦仍欲維持婚姻，通常情況下會對通姦者為宥恕或撤回通姦告訴，則此時婚姻之維繫實係基於雙方對於婚姻之共識，而非通姦罪；而如配偶對於通姦者違反婚姻之承諾與忠誠無法接受，此時婚姻因而破裂，則通姦罪除處罰通姦者之行為而「大快人心」之外，對於婚姻有達到何保障目的？通姦罪處罰與禁止者為有配偶之人與配偶以外之人為性器官接合之性行為，假設某甲因為有通姦罪懲罰，是以雖然很想與他人發生性行為卻僅因通姦罪而不敢為之，此時某甲之心中既已對於婚姻互信及承諾有毀約之意，實難相信某甲對於婚姻家庭之維繫仍會續為付出，更極端之案例假設某甲除通姦外，已與配偶以外之人為通姦以外之親密行為或「精神上出軌」，難道某甲只要不通姦，其婚姻就能因此維繫或獲得保障？此時通姦罪之存在殊難想像有助於某甲對於家庭婚姻制度之維繫與保障。

綜上，通姦罪之處罰，並不能限制或強迫婚姻關係雙方對於婚姻關係維繫意思，無法達到家庭婚姻制度維繫與保障之目的。

二、通姦罪處罰違反侵害手段最小原則

婚姻與家庭制度為社會秩序維護之基礎，而為憲法之制度性保障

固無疑問，惟此一制度性保障如欲有效達到婚姻與家庭制度之保障，實應以積極保護或社會福利制度等方式為之，至於為保障婚姻與家庭制度，立法固得對人民權利有所限制，然手段仍應符合侵害最小原則。而在現行法制下，有配偶之人與他人通姦對於配偶造成之精神上痛苦或損害，原得依民事訴訟程序向通姦者求償，是通姦者應負擔民事損害賠償責任並無疑問，不因通姦是否構成刑事犯罪而受影響。而刑罰具有痛苦性，且刑事犯罪為國家公權力對於人民實施之嚴厲制裁，甚且可長期拘束人身自由，故而刑罰具有謙抑性，非得任意以刑罰相加於人民。是以縱然認為刑罰有「形式上」達到人民維繫婚姻關係之可能性（「實質上」婚姻與家庭維繫無從以刑法強加國家意志於人民已如前述），相較於民事責任，刑事處罰顯然並非達到保障婚姻與家庭制度目的之最小侵害手段。

至於狹義比例原則，因刑法第 239 條前段規定已無法通過適當性及必要性之檢驗，自無依狹義比例原則檢驗之必要，附此敘明。

三、釋字第 554 號解釋作成迄今法治觀念已有變革而有變更解釋必要

鈞院釋字第 554 號解釋固已就通姦罪為解釋，然釋字第 554 號解釋自民國 91 年 12 月 27 日公布迄今已十數年，期間國內或國際間之人權法治觀念均已有所變革，此參韓國於 2 年前即宣告通姦罪違憲而將通姦除罪化即可知，刑法第 239 條前段通姦罪規定顯已悖於國際潮流且有礙於我國重視個人自由權利之民主國家形象，而有予以變更之必要，爰聲請 鈞院重為解釋。

四、結論

刑法所規範構成刑事犯罪之行為類型，將受到國家高權對人民為刑罰之處罰，相較於民事賠償責任或行政之裁罰而言，尤其拘束人身自由刑罰例如有期徒刑，將使受刑罰懲罰之人受相當高之痛苦，具有最高度之嚴厲性，基於刑罰之謙抑性，必須具有相當程度之法益侵害

行為使得依刑事法為處罰，原非任何「不當」或「不道德」之行為均得以法律任意規定使成為「犯罪」行為而由國家對行為之人民行使國家刑罰權，此為吾人學習刑法時均知之刑法基礎理論。

釋字第 554 號固闡明就個人性行為之自由應受婚姻與家庭制度之制約，而婚姻與家庭制度確實應受保障並無疑義，然有疑問者係，刑法第 239 條前段通姦罪是否卻能達到保障婚姻家庭制度之目的？或其達成目的之手段是否符合比例？婚姻為身份關係之契約，植基於婚姻雙方當事人彼此信任而欲成立此一身份上之關係，如有一方違背其婚姻中之互信基礎而造成他方損害，原得依民事訴訟就其損害請求損害賠償殆無疑問，是通姦之一方於民事訴訟上對於配偶負有損害賠償責任。估不論刑法之通姦罪實證研究上究竟能否阻止通姦行為之發生，縱然能阻止通姦行為，然對婚姻已無意願繼續忠誠之人，僅不為通姦行為，其家庭婚姻能獲得何保障？而如已決意背叛婚姻之信賴而為通姦行為之人，即使以通姦之刑罰處罰，如何能迫使其願意繼續堅守維繫婚姻？婚姻關係之成立係雙方之感情與自由意志之結合，如一方已不願繼續為維繫婚姻而努力甚至積極背叛，刑罰如何強迫該人之意志改變？通姦罪之處罰毋寧僅對於背叛者恨意之復仇快感心態而已，事實上對於婚姻之維繫並無任何保障作用，是以通姦罪並不能達到維繫保障婚姻家庭制度之目的。況通姦行為已有民事責任，不因通姦罪存廢而不同，足認以通姦罪作為保障婚姻家庭制度手段亦違反最小侵害性手段之比例原則，應屬違憲。綜上，祈 大院為刑法第 239 條前段違憲之宣告。

參考文獻資料：

一、書籍

- 林山田，刑法各罪論下冊，修訂三版，2002年4月一刷，頁465。

二、期刊

- 陳文貴，評大法官釋字第554號解釋-比例原則之再檢視，刑事法雜誌第58卷第5期，2014年8月，頁1-30。
- 許宗力等，婚外性的罪與罰座談會，台灣法學雜誌第223期，2013年5月1日，頁16-55。

此 致

司 法 院

聲請人：臺灣花蓮地方法院審判長法官

法官 何知鋼
法官 謝欣宏

中 華 民 國 一 〇 七 年 一 月 五 日